

O Direito Intertemporal e seus fenômenos

Lilian Barros de Oliveira Almeida

Advogada da União em exercício da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, onde ocupa a função de Coordenadora-Geral de Processos Judiciais e Disciplinares. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

Resumo: O presente artigo destina-se ao estudo do Direito Intertemporal através de sua conceituação, da abordagem da temporalidade e da intertemporalidade jurídica, da distinção entre fatos passados, presentes, futuros e pendentes, bem como do esclarecimento das três possíveis situações da lei nova em face da lei antiga: a retroatividade, a imediatidade e a ultratividade das leis. Pretende-se, por derradeiro, tratar do Direito Intertemporal no Brasil, tendo como referencial o art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira de 1988, a fim de se esclarecer o conteúdo do referido dispositivo constitucional à luz dos fundamentos do Direito Intertemporal.

Palavras-chave: Direito Intertemporal. Fenômenos. Constituição de 1988. Art. 5º, XXXVI.

Sumário: Introdução – 1 Intertemporalidade jurídica e Direito Intertemporal – 2 Os fatos e o tempo – 3 Retroatividade, imediatidade e ultratividade das leis – 3.1 Retroatividade das leis – 3.2 Imediatidade das leis – 3.3 Ultratividade das leis – 4 O Direito Intertemporal e o art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira de 1988 – Conclusão – Referências

Introdução

O mundo jurídico vive da interação dinâmica de dois campos da realidade: um de natureza ideal-objetiva e outro de natureza estritamente material. O campo ideal-objetivo da realidade é o plano normativo, isto é, o plano idealmente construído pelas formulações jurídico-normativas que determinam o que deve, pode ou não deve ser feito pelos homens que se encontram sujeitos à sua incidência, sob pena de sanção estatal. O outro campo, de natureza estritamente material, é o plano fático, ou seja, o plano da realidade empírica propriamente dita.¹

O problema de se combinar a dinâmica dos fatos da vida e a dinâmica da mutabilidade das normas jurídicas é algo bastante complexo. Assim, quando descemos do plano normativo ao plano fático,

¹ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 17-25.

ou seja, quando procuramos baixar da abstração à realidade concreta, quando intentamos aplicar os esquemas normativos rígidos à flexível e cambiante realidade, surge o conflito entre o antigo e o novo esquema normativo, postulando ambos a disciplina da realidade.

Tal conflito gira em torno de algumas indagações: uma lei pode projetar seus efeitos em situações verificadas antes do início de sua vigência? Um fato que começou a ser realizado sob a égide da lei antiga, mas consumou-se sob o reinado da lei nova, deve ser regido por qual diploma normativo? Qual lei deve ser aplicada em uma situação de fato, quando esta se constituiu sob o império da lei antiga, e permanece constituída projetando seus efeitos durante o período em que vige a lei nova?

Certamente, as respostas a estas questões não são de fácil elaboração. Estas indagações devem ser resolvidas tendo em conta duas preocupações fundamentais e conflitantes entre si. De um lado, está o progresso das instituições jurídicas, para que estas se adéquem continuamente às sempre renovadas necessidades de uma sociedade em permanente transformação, nos aspectos político, econômico e social. De outro lado, está a necessidade de assegurar aos particulares a estabilidade, ou segurança, imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades.²

A ciência incumbida de oferecer soluções aos problemas acima apresentados é o Direito Intertemporal. O presente artigo destina-se ao estudo do Direito Intertemporal e seus fenômenos. Para tanto, estabeleceremos, inicialmente, as definições de temporalidade jurídica e intertemporalidade jurídica. Em seguida, conceituaremos o Direito Intertemporal e apresentaremos as outras denominações propostas por renomados autores, para englobar uma teoria geral acerca da temática do conflito de leis no tempo.

Posteriormente, exporemos e diferenciaremos os fatos passados, pendentes, presentes e futuros. Após, trataremos da retroatividade, imediatidade e ultratividade das leis. Por fim, abordaremos o Direito Intertemporal no Brasil, tendo como referencial o art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira de 1988.

² Cf. NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 91-92, abr./jun. 1988.

1 Intertemporalidade jurídica e Direito Intertemporal

Antes de apresentarmos a definição de intertemporalidade jurídica, importante se faz conceituar a temporalidade jurídica. José Eduardo Martins Cardozo, em sua obra *Da retroatividade da lei*, discorre sobre a temporalidade jurídica.³

Ensina o mencionado autor que a vida no mundo jurídico se dá pela interação dos planos normativo e fático da realidade. O movimento peculiar de cada um destes dois planos acaba por propiciar duas perspectivas temporais no ordenamento: a) a qualificada pelo movimento verificado exclusivamente no plano normativo; b) a pertinente ao fenômeno jurídico produzido pela conjugação do movimento do plano normativo com o movimento do plano fático. Prossegue o autor, definindo a temporalidade jurídica:

Este fenômeno é a temporalidade jurídica que, por sua vez, nada mais é do que a unidade temporal em fluxo, constituída pelas perspectivas temporais motivadas pelos movimentos do plano normativo e da realidade fática que com este se associa em um dado ordenamento jurídico.⁴

Observa o autor que a temporalidade jurídica, no sentido acima adotado, somente pode ser identificada enquanto tal em situações jurídicas tipificadas pelo movimento sucessivo de normas, seja isoladamente considerado, seja na sua interação com a realidade em fluxo. Pode-se, então, afirmar que a temporalidade jurídica pressupõe um processo dinâmico de sucessão de normas, que, por sua vez, supõe a existência individualizada de entes normativos que, com uma ontologia própria, se substituem no tempo jurídico.

Conclui Cardozo que os limites temporais do domínio de vigência das normas jurídicas situam-se no fluxo da temporalidade jurídica e podem ser analisados tanto a partir da perspectiva temporal qualificada exclusivamente pelo movimento do plano normativo, como a partir da perspectiva temporal qualificada pelo movimento integrado do plano normativo com a realidade em fluxo.

³ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 32-33.

⁴ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 32.

A partir desta conclusão, Cardozo traz a sua definição de intertemporalidade jurídica, *verbis*:

Intertemporalidade jurídica é o fenômeno jurídico vivenciado ao longo do fluxo da temporalidade jurídica, no momento em que nesta são encontrados os limites das dimensões temporais dos domínios de vigência de duas normas que cronologicamente se sucedem. É, em síntese, a situação jurídica tipificada quando uma norma sucede a outra no campo temporal.⁵

Partindo da premissa de que o fenômeno da intertemporalidade jurídica pode ser analisado em qualquer das duas perspectivas temporais que integram a temporalidade jurídica desta afirmação, o autor desdobra o fenômeno da intertemporalidade em duas espécies distintas: a intertemporalidade não conflitual e a intertemporalidade conflitual das normas jurídicas.⁶

A intertemporalidade não conflitual é definida como a expressão do fenômeno denominado intertemporalidade, que se manifesta na perspectiva temporal propiciada exclusivamente pelo movimento jurídico no plano estritamente normativo. Abrange, em linhas gerais, os problemas relativos ao início e ao fim da vigência de uma norma jurídica, em si mesmos considerados.

Já a intertemporalidade jurídica conflitual é definida como a expressão do fenômeno denominado intertemporalidade, que se manifesta na perspectiva temporal propiciada pela apreciação conjunta e interativa dos movimentos compreendidos pelo plano normativo e pelo plano fático. Engloba, assim, as questões acerca da aplicabilidade das normas a fatos acontecidos antes e durante a sua vigência, bem como a ofensa por uma lei a uma situação jurídica preestabelecida etc.⁷

⁵ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33.

⁶ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33-35.

⁷ Importante registrar a discordância de Elival da Silva Ramos e Carlos Young Tolomei quanto à distinção da intertemporalidade em conflitual e não conflitual, apresentada por José Eduardo Martins Cardozo. Defendem estes autores que toda a intertemporalidade é potencialmente conflitual, na medida em que o fenômeno da sucessão das leis no tempo, sob qualquer aspecto que se analise, deve ser visto de uma perspectiva que conjugue os planos normativo, *stricto sensu*, e fático, sob uma perspectiva fático-normativa, que é aquela da aplicação da norma jurídica. Cf. RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23-24, e TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 43-44.

Wilson de Souza Campos Batalha, em sua obra *Direito Intertemporal*, estuda e define a intertemporalidade sob perspectiva diversa da apresentada por Cardozo. Batalha entende que intertemporalidade jurídica e Direito Intertemporal são sinônimos e conceitua a intertemporalidade como “o conjunto de soluções adequadas a atenuar os rigores da incidência do tempo jurídico com o seu poder cortante e desmembrador de uma realidade que insta e perdura”.⁸

Nota-se que o ilustre autor confunde o fenômeno da intertemporalidade em si com o conjunto de proposições que se fazem para solucionar os impasses jurídicos criados pelo referido fenômeno. Entendemos que a intertemporalidade não é um conjunto de soluções, mas sim um fenômeno que se insere dentro da temporalidade jurídica e que suscita uma série de problemas e questões passíveis de serem solucionados pelo Direito Intertemporal. Somente este fornece um conjunto de soluções ao conflito de leis no tempo.

Cumpre, portanto, trazermos a definição de Direito Intertemporal que mais se coaduna ao nosso posicionamento acima exposto. O Direito Intertemporal é “o conjunto formado pelas normas jurídicas e proposições doutrinárias, que têm por objetivo dimensionar e solucionar os problemas da intertemporalidade jurídica, em todas as perspectivas temporais em que esta se faz projetar”.⁹

O conceito acima transcrito foi dado por José Eduardo Martins Cardozo. Cumpre, entretanto, ressaltar que, apesar de adotarmos a definição de Direito Intertemporal trazida por Cardozo, entendemos que a expressão Direito Intertemporal deve abranger tão somente o conjunto de soluções destinadas a resolver os problemas pertinentes à intertemporalidade jurídica conflitual. Este também é o posicionamento de Carlos Maximiliano, que ensina que o conflito de leis no tempo é o objeto do Direito Intertemporal.¹⁰

A expressão Direito Intertemporal foi introduzida, inicialmente, por Affolter, em sua obra *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*.¹¹ Compreende a aplicação sucessiva das normas atinentes às diferentes

⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 17.

⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36.

¹⁰ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 9.

¹¹ Cf. AFFOLTER, Friedrich. *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*. Leipzig: Veit, 1902.

ordens jurídicas, tanto às civis, como às penais, processuais, constitucionais ou administrativas. Traça preceitos gerais, tendentes a resolver questões de aplicação, no tempo, de quaisquer leis, nacionais ou estrangeiras. Indica ao juiz qual o sistema jurídico sobre o qual ele deve basear a sua decisão.¹²

O Direito Intertemporal fixa o alcance do império de duas normas que se seguem. Tem por objeto determinar os limites do domínio de cada uma entre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto. Regula, portanto, a aplicação da lei no tempo, o que sempre foi considerado um dos problemas mais sérios, árduos e complexos da ciência do Direito.

É de bom alvitre destacar que, para nós, a expressão Direito Intertemporal é a mais adequada para expressar uma verdadeira teoria geral acerca do tema do conflito de leis no tempo. Entretanto, renomados autores sugeriram, ao longo da história, diversas outras denominações para a problemática acima referida.

Alguns autores preferiram situar a problemática do conflito das leis no tempo através da expressão “Direito Transitório”, tais como Gaetano Pace¹³ e Paul Roubier.¹⁴ Entretanto, esta expressão tem sido bastante criticada, principalmente, pela imprecisão semântica que traz. Carlo Francesco Gabbia, ao tecer comentários sobre a referida expressão, afirmou que ela poderia sugerir que os próprios princípios ou regras que compõem o direito seriam em si mesmos transitórios, o que não corresponde à realidade.¹⁵

Outros autores, como Ferdinand Lassalle,¹⁶ preferem a expressão “Teoria dos Direitos Adquiridos”. Esta expressão, para quem se propõe a formar uma autêntica teoria explicativa do conflito de leis no tempo, como Lassalle, é de todo inadequada. Só pode ser utilizada com acerto por quem se proponha a discutir o tema em ótica dogmática, à luz de um sistema de direito positivo que adote o conceito de direito adquirido para solucionar problemas relativos à intertemporalidade jurídica.

¹² Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 7-8.

¹³ Cf. PACE, Gaetano. *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944. É esta a denominação utilizada por Gaetano Pace.

¹⁴ Cf. ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

¹⁵ Cf. GABBA, C. F. *Retroattività delle leggi*. 3ª ed. Milão-Roma-Nápoles: Utet, 1891. v. 1, p. 12.

¹⁶ Cf. LASSALLE, Ferdinand. *Theorie systematique des droits acquis*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904. 2 v.

Há também as expressões “Teoria da Retroatividade das Leis” e “Teoria da Irretroatividade das Leis”. Elas são normalmente as preferidas pelos tratadistas, como, por exemplo, Gabba, que denomina sua obra de *Retroattività delle leggi*.¹⁷ Contudo, estas duas expressões também merecem críticas. Elas se limitam a fazer referência explícita ou implícita aos efeitos “retroativos” das leis.

Entretanto, o problema da intertemporalidade conflitual das normas também se coloca no plano dos efeitos imediatos projetados por estas. Assim, ambas as expressões parecem não apropriadas para rotular uma autêntica teoria geral acerca do tema.

Entendemos, portanto, que a melhor expressão para designar uma teoria geral sobre o conflito de leis no tempo é a expressão “Direito Intertemporal”.

É bem verdade que existem três tempos: o passado, o presente e o futuro. É também verdade que toda norma jurídica opera a partir da descrição de fatos, aos quais atribui determinados efeitos. Assim, situaremos, no tópico seguinte, os fatos no tempo, definindo os conceitos de fatos passados, presentes, pendentes e futuros, para, posteriormente, fazermos a distinção entre retroatividade, imediatidade e ultratividade das leis.

2 Os fatos e o tempo

Estruturalmente, toda norma tem duas partes: uma descritiva e outra prescritiva. A primeira parte descreve fatos, situações ou circunstâncias que, quando ocorrem, produzem determinadas consequências.¹⁸

À caracterização do fato, que é a parte descritiva da norma, pode ser dado o nome de pressuposto, ou fatispécie (do termo italiano *fattispecie*), hipótese de incidência, ou ainda, suporte fático. À parte prescritiva da norma, que é a do tratamento jurídico, podem ser dadas as denominações estatuição, dispositivo, preceito, ou ainda, consequência jurídica.

Em matéria de Direito Intertemporal, é de notável importância a distinção entre fatispécie e estatuição, uma vez que os problemas desta área do direito nascem do fato de duas normas, uma antiga e

¹⁷ Cf. GABBA, C. F. *Retroattività delle leggi*. 3ª ed. Milão-Roma-Nápoles: Utet, 1891. v. 1.

¹⁸ Cf. NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 95, abr./jun. 1988.

outra nova, darem tratamento diferente às situações concretas que constituem seu pressuposto comum.

Assim, se tivermos presente a distinção entre fatispécie e estatuição e, por outro lado, se considerarmos a divisão do tempo em passado, presente e futuro, fácil se torna situar os fatos no tempo.

Tendo-se como ponto de referência o momento em que a lei entra em vigor, podem-se considerar fatos passados os que tiveram curso em momento anterior à entrada da lei em vigor; fatos presentes os que têm sua existência normativa no exato momento da entrada da lei em vigor; e fatos futuros os que são posteriores ao início de vigência da lei, incluindo os posteriores à sua revogação.

Há também que se considerar uma quarta categoria, a dos fatos pendentes. Tais fatos podem ser definidos como aqueles que, iniciados anteriormente à vigência da lei, se prolongam no tempo para continuarem o seu desenrolar após o início da aludida vigência, ultrapassando, assim, esse marco temporal.¹⁹

No âmbito do Direito Intertemporal, em que o problema se restringe às consequências da mudança da legislação sobre fatos da vida real, não há interesse em se considerar a repercussão da mudança de legislação sobre todos e quaisquer fatos ou situações jurídicas.²⁰

Não despertam interesse aqueles fatos passados, definitivamente extintos, pois não podem ser mudados e não é possível alterar as consequências jurídicas que outrora produziram. Assim, a lei nova jamais lhes poderá ser aplicável.

Por outro lado, também não há interesse nos fatos que surgirem somente após a lei nova (fatos presentes e futuros), sem nenhum ponto de contato com situações e fatos anteriores. A estes casos a lei revogada nunca poderia ser aplicável. Logo, quando uma lei é pura e simplesmente aplicável a fatos que nascem e produzem todos os seus efeitos durante o tempo de sua vigência, não se pode sequer cogitar de conflito de leis.

Se excluirmos as hipóteses que não apresentam interesse para o Direito Intertemporal, teremos que, para este, o que importa considerar

¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 24-25.

²⁰ Cf. NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 99-100, abr./jun. 1988.

são apenas os fatos pendentes, pois somente eles apresentam ligações tanto ao passado, quanto ao presente, tanto à lei antiga, quanto à lei nova.

Consoante os ensinamentos de Fernando Noronha, os fatos pendentes poderão ser de quatro tipos, *verbis*:

Primeiro estarão as situações que se encontravam em curso de constituição ou de extinção no momento da mudança de legislação: serão casos em que o pressuposto de aplicação das duas normas em conflito é constituído por diversos fatos, alguns verificados ao tempo da lei antiga e outros ao tempo da nova, constituindo um todo que ainda pode ser considerado, à luz da lei nova, como *fato presente*. Em segundo lugar estarão os fatos inteiramente verificados ao tempo da lei anterior, mas sobre os quais havia litígio ainda não objeto de decisão judicial à data da mudança legislativa: à luz da lei nova aqui teremos *fatos passados*, mas ainda sem solução definitiva ao tempo da sua entrada em vigor. Em terceiro lugar ainda poderão ser incluídos entre os *facta pendentia* os casos que nascem após a lei nova, mas no desenvolvimento de situações constituídas anteriormente: também estes fatos têm alguns elementos próprios de fatos passados e outros característicos de fatos presentes; perdurando ao tempo da lei nova, estas situações e as conseqüências que forem produzindo ainda poderão também ser incluídas entre os *fatos presentes*. Em quarto e último lugar, teremos os fatos que eram tidos como jurídicos ao tempo da lei velha e que a nova suprime; pelo menos no momento da mudança de legislação eles eram pendentes, mesmo que à luz da lei nova devam ser considerados como *fatos passados*.²¹

Esclarecidas as definições de fatos passados, pendentes, presentes e futuros, passemos a analisar a efetiva incidência e aplicação da lei no tempo, através do estudo da retroatividade, da imediatidade e da ultratividade das leis.

3 Retroatividade, imediatidade e ultratividade das leis

Pode a lei nova atingir situações jurídicas iniciadas e terminadas antes de sua vigência. Pode também incidir sobre as situações jurídicas iniciadas na vigência da lei nova, ou as decorrentes de pressupostos vários, alguns verificados na vigência da lei antiga, outros na vigência da lei nova.

²¹ Cf. NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 99, abr./jun. 1988.

Sob esse aspecto, é possível vislumbrar três situações possíveis de comportamento da lei nova em face da lei antiga: a) a retroatividade da lei nova; b) a imediatidade da lei nova; c) a ultratividade da lei antiga.

Abordaremos, agora, separadamente, as mencionadas situações.

3.1 Retroatividade das leis

Dificuldade ainda hoje reinante é a formulação do conceito de retroatividade da lei. José Eduardo Martins Cardozo aponta a existência de duas grandes vertentes doutrinárias na elaboração deste conceito.²²

Uma primeira vertente é considerada a partir da definição do momento temporal em que tiveram origem as realidades jurídicas atingidas pela ação da norma legislativa. O conceito de retroatividade, nesta perspectiva, se fundaria na localização temporal do momento em que tiveram nascimento ou foram gerados os fatos, os direitos, os efeitos ou as situações jurídicas que se colocam sob a incidência da lei nova.

Assim, uma lei seria retroativa sempre que viesse a agir sobre realidades jurídicas geradas sob o império da lei antiga (direitos adquiridos, situações jurídicas, fatos realizados, relações jurídicas, seguidos dos respectivos efeitos), independentemente de se projetar ou não a ação criadora, modificadora ou extintiva, do novo diploma legal em período anterior ao da sua entrada em vigor. Vareilles-Sommières foi, entre outros, expressivo na adoção dessa particular forma de conceituar a retroatividade.²³

A outra vertente doutrinária identifica estritamente o conceito de retroatividade com a ação da lei sobre o período de tempo que antecede ao início da sua própria vigência. “Retroativas”, nesta concepção, seriam apenas as leis que projetam efeitos sobre o passado. Nesta dimensão pode ser enquadrada a conceituação proposta por Paul Roubier.²⁴ Para ele, a retroatividade é a ofensa da lei aos fatos jurídicos anteriores e aos seus efeitos também anteriores.

Julgamos ser mais apropriada a segunda vertente doutrinária. Na definição de retroatividade não se pode pretender vislumbrar a

²² Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 253 et seq.

²³ Cf. VAREILLES-SOMMIÈRES. Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, Paris, t. XXII, 1893.

²⁴ Cf. ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz et Sirey, 1960. p. 370.

atuação sobre o presente ou o futuro de uma norma legislativa. Falar de retroatividade da lei é referir-se sempre à sua ação pretérita, ou seja, à sua ação projetada para período anterior ao da sua vigência, de forma a atingir e modificar realidades fáticas já verificadas.

Dentro desta perspectiva, Cardozo caracteriza a retroatividade das leis:

Retroativa é toda norma legal que valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início da sua própria vigência, seja por descrever na sua hipótese, isoladamente ou não, elemento fático realizado no passado, seja por definir preceito que implique em modificação jurídica de realidade pretérita.²⁵

Importante, também, é apresentar o conceito de efeito retroativo, trazido por Pontes de Miranda:

O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio da lei que já incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando o efeito pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível.²⁶

Matos Peixoto²⁷ classifica a retroatividade em máxima, média e mínima, baseando-se na maior ou menor lesão ao patrimônio. Por isso, para este autor, tais espécies englobam-se sob uma denominação comum: retroatividade injusta. Contrapõe-se-lhe a retroatividade justa, que não causa dano ao patrimônio. Vejamos os conceitos de cada modalidade de retroatividade.²⁸

A retroatividade *máxima* ocorre quando a lei nova ataca, por exemplo, a coisa julgada e os fatos consumados, prejudicando o que já se consumou no passado e cujos efeitos também se extinguíram no passado. Ela fere, fundamentalmente, o princípio da segurança jurídica,

²⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 276.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 5, p. 80.

²⁷ Cf. PEIXOTO, Matos. Limite temporal da lei. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 577, p. 468-469, 1948.

²⁸ Importante mencionar que José Carlos Moreira Alves, em seu artigo "Direito adquirido", também classifica a retroatividade em máxima, média e mínima e apresenta suas respectivas definições. Cf. ALVES, Moreira José Carlos. Direito adquirido. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, n. 15, p. 579-587, maio 2002. Esta trilogia foi também expressamente adotada pelo STF (ADI nº 493-DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18.03.92).

com a desconstituição de atos ou fatos, e conseqüentemente, de seus efeitos, que já se produziram e, portanto, já se exauriram no passado.

A título de exemplo, pode-se mencionar a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a lei francesa de 2 de novembro de 1793, na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. No Brasil, temos um exemplo histórico, que é o da Constituição de 1937, que permitia que o Presidente da República, por Decreto-Lei, pudesse desconstituir coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal quando não concordasse com ela.

A retroatividade *média* ocorre quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico, verificados antes dela. Como exemplo, temos o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei da Usura), que limitou a taxa de juros e se aplicou aos contratos existentes.

Por fim, ocorre a retroatividade *mínima* quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é no Direito Romano a Lei de Justiniano que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade.

Alguns autores confundem a retroatividade mínima com a eficácia imediata da lei. Planiol²⁹ e Roubier,³⁰ grandes civilistas franceses, entendem que não há propriamente retroatividade mínima, mas sim aplicação imediata da lei. Como a lei se aplica de imediato, ela deve alcançar todos os fatos que ocorrerem posteriormente a ela.

Entretanto, seguindo a crítica feita por Moreira Alves a esse posicionamento,³¹ entendemos que essa concepção parte de uma premissa falsa porque encara somente o problema da posteridade dos efeitos, se esquecendo da anterioridade da causa desses efeitos. No caso de um contrato de juros, por exemplo, a 12% ao ano, em que vem uma lei e os reduz a 6%, há, aparentemente, uma aplicação da eficácia imediata da norma. Contudo, na verdade, ela tem um efeito retroativo,

²⁹ Cf. PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 12^e éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.

³⁰ Cf. ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz et Sirey, 1960. p. 375.

³¹ Cf. ALVES, Moreira José Carlos. Direito adquirido. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, n. 15, p. 580, maio 2002.

porque modifica, altera a causa desses juros, que é o contrato em que foram pactuados.

3.2 Imediatidade das leis

José Eduardo Martins Cardozo apresenta conceito de efeito imediato da lei que nos parece apropriado:

Por efeito imediato da lei se deve entender aquele que atinge fatos e situações no exato momento temporal em que entra esta em vigor, não importando juridicamente se tais fatos e situações remontam ou não no seu nascimento a um antigo diploma legislativo por esta nova lei substituído.³²

Consoante esta definição, os efeitos imediatos da lei devem ser entendidos não só como aqueles que alcançam os fatos presentes, mas também como aqueles que alcançam os fatos pendentes, especificamente no que concerne às parcelas destes fatos que tenham lugar a partir da entrada em vigor da lei.

Assim, no momento da entrada em vigor da nova lei, não só situações já nascidas sob o império da lei velha e que se encontram pendentes podem ser atingidas de imediato pela pronta eficácia desta, como também novos fatos ou realidades jurídicas podem ter imediata valoração ou modificação jurídica em decorrência do início da sua vigência.

Certo é que a análise dos efeitos imediatos da lei diante dos fatos pendentes é muito mais complexa e dotada de uma inegável tipicidade. Tendo em vista a particularidade da incidência dos efeitos imediatos sobre os fatos pendentes, parte da doutrina tem preferido identificar tal fenômeno como sendo a retrospectividade da lei nova.

Ensina Jacques Héron³³ que a retrospectividade estaria entre a retroatividade e a eficácia imediata. Para ele podem ser vislumbradas duas aplicações distintas da lei nova. Uma delas repousa sobre a ideia da preexistência da lei nova, obrigando os sujeitos a reexaminarem seus atos passados para deles extrair outras consequências jurídicas. A outra aplicação corresponde à noção de retrospectividade, tal qual a

³² Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 281.

³³ Cf. HÉRON, Jacques. *Principes du droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1996. p. 107.

definem os autores que a ela recorrem: a lei nova se contenta em influir para o futuro sobre situações jurídicas constituídas no passado, mas que se prolongam prospectivamente.

Ao contrário de Jacques Héron, doutrinadores brasileiros, tais como Elival da Silva Ramos³⁴ e Carlos Young Tolomei,³⁵ defendem que a retrospectividade constitui modalidade especial da eficácia imediata das leis. Destaca Elival que são duas as características marcantes do fenômeno da retrospectividade: a primeira consiste na circunstância de que os eventos focados pelo pressuposto da norma legal retrospectiva, veiculada pela lei nova, foram produzidos antes de sua entrada em vigor (o que traz sua especificidade com relação aos efeitos imediatos); a segunda é a de que a incidência dessa norma legal não provoca uma reconfiguração dos efeitos jurídicos transcorridos sob o império da lei antiga (o que a diferencia dos efeitos retroativos).

Dentro do estudo da imediatidade das leis, importante também se faz diferenciar o efeito imediato do efeito futuro das leis, para fins de uma exata delimitação do conceito de efeito imediato inicialmente exposto.³⁶

Enquanto os efeitos imediatos são aqueles que temporalmente coexistem na sua projeção com o momento da entrada em vigor da lei, os efeitos futuros são os que se fazem verificar no lapso de tempo que se segue a esta. Em síntese, efeitos futuros são aqueles que se projetam em momento temporal subsequente ao da entrada em vigor da lei.

Com o fim de melhor diferenciar o efeito imediato do efeito futuro, tem-se o seguinte exemplo:³⁷ uma lei que, entrando em vigor, diga que todos os que possuírem 16 anos de idade adquirirão plena capacidade de exercício de seus direitos, encerra, na sua dimensão temporal, a possibilidade de projeção de duas perspectivas de efeitos diversos. De um lado, projeta efeitos imediatos para aqueles que no momento da entrada em vigor da lei já possuem a idade indicada; de outro, reserva seus efeitos futuros para todos aqueles que a partir desse

³⁴ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37-43.

³⁵ Cf. TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5459.

³⁶ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 281.

³⁷ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 281.

momento venham a completar 16 anos de idade. Assim, em relação a quem vier a completar a idade prevista na nova lei em momento posterior ao do início da sua vigência, não se cogitará de aplicação imediata e, sim, de aplicação futura.

Por derradeiro, impende esclarecer a distinção entre efeito imediato e eficácia automática da norma jurídica, seguindo os passos de Gaetano Pace.³⁸ Trata-se, na verdade, de dois fenômenos completamente distintos, mas que podem ser confundidos.

O efeito imediato de uma norma jurídica é uma das dimensões temporais em que se pode ver projetada a eficácia das regras de direito, na medida em que se qualifica por ser aquele efeito que vem a atingir fatos ou situações jurídicas no exato momento em que essa mesma norma ganha vigência. Tal efeito não se confunde com a automática eficácia da norma jurídica. Este fenômeno pode ser encontrado em todas as normas jurídicas e se caracteriza pela automática atuação da norma, a partir do momento em que a hipótese normativa se vê realizada pela realidade fático-jurídica vivenciada no mundo empírico.

A automática eficácia da regra jurídica corresponde, na verdade, à incidência da regra jurídica. Ensina Pontes de Miranda que o fenômeno da incidência é infalível e se caracteriza pela ocorrência daquilo que a norma jurídica prevê e regula, ou seja, pela ocorrência do suporte fático. Suporte fático da norma jurídica é, portanto, aquele fato ou grupo de fatos sobre o qual a regra jurídica incide.³⁹

Com efeito, sempre que se verificam na realidade os elementos descritos na hipótese da norma jurídica, deve seguir-se, automaticamente, a eficácia prevista no preceito, independentemente da ocorrência de quaisquer outros aspectos do mundo jurídico.

Uma vez esclarecidos os aspectos mais importantes, concernentes à imediatidade das leis, cumpre examinar a sua ultratividade.

3.3 Ultratividade das leis

Habitualmente, quando uma lei é revogada por outra, a esta passa a competir a disciplina da realidade jurídica, nos termos do que

³⁸ Cf. PACE, Gaetano. *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944. p. 149-151.

³⁹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. I, p. 3-35.

normativamente estabelecer. Todavia, hipóteses há em que, mesmo após a perda da sua vigência, a lei revogada ainda continua a disciplinar situações no período em que a lei nova se define como vigente. Esta peculiar configuração é designada pelo conceito de ultratividade da lei.⁴⁰

Vale observar que, sob a influência do pensamento de Roubier, alguns autores também utilizam a expressão “sobrevivência da lei antiga”, para indicar as situações de ultratividade da lei.

No Brasil, entre os doutrinadores, José Eduardo Martins Cardozo⁴¹ e Wilson Campos Batalha⁴² utilizam as expressões “ultratividade da lei” e “sobrevivência da lei antiga” como expressões sinônimas. Já Elival da Silva Ramos⁴³ e Carlos Young Tolomei⁴⁴ entendem que tais expressões possuem sentidos diferentes, não podendo ser consideradas sinônimas.

Ensinam os dois últimos doutrinadores que, no fenômeno da ultratividade legal, a incidência de normas contidas na legislação revogadora é afastada, de modo a ensejar a persistência dos efeitos de normas da legislação revogada. Já nas situações de sobrevivência da lei antiga, a incidência de normas contidas na legislação revogadora é afastada, estabelecendo-se, paralelamente, uma aparente incidência, no presente, de normas veiculadas pela legislação revogada.

Importante, ainda, destacar que, para os mencionados autores, não existe sobrevivência da lei antiga e sim aparência de sobrevivência da lei antiga, que possui aptidão para iludir o observador na medida em que determinados fatos realizados já durante a vigência da lei nova continuam a ter a mesma disciplina normativa da legislação precedente.

Concordamos com o posicionamento de Elival da Silva Ramos e Carlos Young Tolomei e optamos pela denominação ultratividade das leis, uma vez que a expressão sobrevivência da lei antiga traz em si uma

⁴⁰ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 296.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 55.

⁴³ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44-46.

⁴⁴ Cf. TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 57-58.

suposta possibilidade de dissociação formal temporal entre a vigência e a eficácia da lei, quando, na verdade, esta possibilidade não existe.

Importa, também, frisar que, no campo doutrinário e jurisprudencial, é comum a confusão entre as hipóteses de ultratividade da lei velha e de irretroatividade da lei nova. Costuma-se supor que a ultratividade da lei velha seria uma imediata consequência da não retroatividade da lei nova, quando, na verdade, são situações diversificadas na sua intrínseca configuração lógico-temporal.⁴⁵ É possível, inclusive, que um diploma legislativo deixe de ser retroativo, sem que o texto de lei por este revogado possua ultratividade.

Importante, também, dizer que a ultratividade tem os fatos pendentes como campo de ação, ou seja, aquelas situações iniciadas sob a égide da lei anterior e que se perpetuam na sua existência jurídica sob o período de vigência temporal da lei nova. Dessa forma, a ultratividade implicará a exclusão dos efeitos imediatos e futuros da lei em vigor, no que tange particularmente a situações ou relações em curso no momento da alteração legislativa.⁴⁶

Por fim, cumpre especificar em que hipóteses seria admitida a ultratividade da legislação revogada. Para tanto, importante se faz transcrever trecho em que Cardozo identifica tais hipóteses, *verbis*:

A primeira delas reside na fixação de regras genéricas, disciplinadoras de hipóteses de ultratividade admitidas pelo sistema. Isto se dá quando a própria Constituição, ou mesmo a legislação ordinária (nesse caso à lei nova se defere a prerrogativa de casuisticamente excepcionar a regra geral), estabelecem, por exemplo, que certos direitos ou situações jurídicas são intangíveis pela ação da lei nova, devendo sempre ser disciplinados pela lei sob a égide da qual tiveram nascimento.

Já a segunda fórmula se resume no tratamento casuístico da questão, normalmente objeto do próprio diploma legislativo que procede à revogação do antecedente. Seria o caso, por exemplo, da lei processual que extingue um dado recurso anteriormente previsto no ordenamento jurídico, e que em seu próprio texto determina que as ações, já ajuizadas na época da entrada em vigor da lei nova, continuarão a ser regidas pelo diploma legislativo que revoga.⁴⁷

⁴⁵ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 296.

⁴⁶ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 297.

⁴⁷ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 298.

Caracterizado o Direito Intertemporal e seus principais fenômenos, definidos os conceitos de retroatividade, imediatidade e ultratividade, urge, agora, analisarmos o Direito Intertemporal no Brasil, tendo como referencial o art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira de 1988.

4 O Direito Intertemporal e o art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira de 1988

O Direito Intertemporal se expressa de maneira significativa no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Importa, agora, esclarecermos sucintamente o conteúdo do referido preceito, à luz dos fundamentos do Direito Intertemporal.

A exemplo do que já haviam feito as Constituições de 1934, 1946 e 1967, a de 1988 assim dispôs no inciso XXXVI, do art. 5º: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em análise ao referido dispositivo constitucional, verificamos que, apesar de não haver menção expressa à impossibilidade de retroatividade das leis, resta implícita a ideia de irretroatividade. Registre-se, entretanto, que, no tocante a este tema, é possível vislumbrar dois posicionamentos doutrinários a respeito do caráter constitucional do princípio da irretroatividade.

Numa primeira corrente doutrinária, estão aqueles que entendem que a Constituição de 1988 não contemplou o princípio da irretroatividade. Em outra corrente doutrinária, posicionam-se aqueles que defendem que a Carta de 1988 trouxe o princípio da irretroatividade.

Adepto da primeira corrente doutrinária, Celso Ribeiro Bastos⁴⁸ afirma que a nossa Lei Maior não consagra o princípio da irretroatividade, nem de forma implícita, nem explícita. Argumenta que a Constituição não é omissa ou lacunosa na matéria, mas simplesmente preferiu outra modalidade de proteção das situações pretéritas, de alcance técnico muito mais alto.

José Eduardo Martins Cardozo,⁴⁹ seguindo os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, afirma que as Constituições de 1934, 1946, 1967

⁴⁸ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v. p. 209-210.

⁴⁹ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 309-312.

e 1988 não consagraram o princípio da irretroatividade das leis, ou mesmo o da retroatividade dos novos diplomas legislativos. Defende que a definição da irretroatividade ou da retroatividade da lei nova como regra, no ordenamento jurídico brasileiro, é questão passível de ser fixada, ou mesmo alterada, pelo próprio legislador ordinário.

Em posicionamento contrário, seguindo a segunda corrente doutrinária, Limongi França⁵⁰ aduz que, não obstante a aparente omissão do texto constitucional de 1988 sobre este aspecto da matéria, a regra continua sendo a da irretroatividade.

Para Ivo Dantas,⁵¹ também adepto da segunda corrente doutrinária, a irretroatividade, com a única exceção da Constituição de 1937, jamais deixou de ser tratada pelos diversos modelos constitucionais, desde o imperial, até o vigente, de 1988. Afirma que, com a Constituição de 1934, não houve a supressão do princípio da irretroatividade, mas sim um maior detalhamento deste preceito. Zélio Furtado da Silva⁵² aderiu a este posicionamento e aduziu que, “no Brasil, o princípio da irretroatividade entrou no ordenamento jurídico pela ‘porta da frente’, isto é, como norma constitucional”.

Expostos os divergentes posicionamentos sobre o tema, entendemos ser mais adequada a segunda corrente doutrinária, pois sustentamos que o art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, consagra o princípio da irretroatividade das leis.

Pelo princípio da irretroatividade das leis, entende-se que situações jurídicas já constituídas e completadas, bem como seus efeitos gerados e já concluídos, não podem ser atingidos pela lei nova. Em outras palavras, os efeitos da lei nova não podem remontar a período anterior à data de sua entrada em vigor.⁵³

Pode-se afirmar que, apesar de o art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, não ter feito expressamente menção à irretroatividade das leis, encontra-se implícita a noção de irretroatividade, uma vez

⁵⁰ Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 208.

⁵¹ Cf. DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade: a intangibilidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53-62.

⁵² SILVA, Zélio Furtado da. *Direito adquirido: à luz da jurisprudência do STF referente ao servidor público*. São Paulo: LED, 2000. p. 113.

⁵³ Cf. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 192-193.

que o princípio da irretroatividade encontra abrigo no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.⁵⁴

O Estado Democrático de Direito é definido como organização jurídica do poder, que se assenta em alguns princípios e na declaração e garantia dos direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito contemporâneo, decorridos mais de dois séculos da instituição do Estado Liberal, apresenta um conjunto mais amplo dos princípios que o compõem indispensavelmente, tais como o princípio da certeza jurídica, da segurança jurídica, da irretroatividade das leis e do direito adquirido.⁵⁵

Com efeito, esse Estado, ao positivar o Direito, submetendo-se ao princípio da legalidade, tem por objetivo propiciar aos indivíduos a máxima segurança possível nas relações sociais tornadas jurídicas. Essa estabilidade social dá-se mediante o princípio da certeza jurídica, que assegura a imutabilidade dos fatos e atos jurídicos já realizados conforme as normas em vigor e o princípio da segurança jurídica, que gera a previsibilidade do enquadramento jurídico da conduta dos indivíduos com base na ordem normativa existente.⁵⁶

Estes princípios não precisam estar expressos no texto constitucional, pois são indissociáveis desse tipo de Estado que, sendo fundado nas leis (Estado de Direito) advindas da vontade popular (Estado Democrático de Direito), ao formulá-las, já promove a segurança das situações jurídicas quanto ao presente e ao futuro e, ao elaborá-las de forma não aleatória ou arbitrária, mas a partir da própria vontade autodeterminante popular, respeita as situações transcorridas no tempo pretérito.⁵⁷

Nesse sentido, o princípio da irretroatividade das leis situa-se ao lado do princípio da certeza jurídica e funciona como um dos instrumentos utilizados para tornar possível aquela imutabilidade a partir da determinação de que as leis regem somente os fatos presentes e futuros, não se submetendo aos seus efeitos as situações jurídicas anteriores à data de sua entrada em vigor.⁵⁸

⁵⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 473.

⁵⁵ Cf. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 114.

⁵⁶ Cf. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 261.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

Assim, há de se concluir que, apesar da inexistência de referência literal ao princípio da irretroatividade em matéria civil no texto da Constituição de 1988, resta implícita a vigência do princípio da irretroatividade das leis como princípio fundamental no direito pátrio, de nível constitucional. Isso, pelo cânone da totalidade do objeto interpretado, bem como pelos princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, e pela imperatividade do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.⁵⁹

Compõe o princípio da irretroatividade das leis, juntamente com os princípios da certeza jurídica, da segurança jurídica e do direito adquirido, a estrutura essencial do Estado Democrático de Direito, que só será tal se tiver suas leis criadas pela soberania autônoma do povo, o qual demanda estabilidade social, alcançada através da positivação normativa crescente e balizada por princípios que a protegem e fomentam, como os três supracitados.⁶⁰

Defendemos, entretanto, que, apesar de implícito o princípio da irretroatividade das leis, a Constituição de 1988 não acolheu o princípio da irretroatividade ampla das leis, presente nas Constituições de 1824 e 1891, mas sim o princípio da irretroatividade restrita, que consiste na proibição de leis prejudiciais ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Percebe-se, assim, a influência, no texto constitucional, da teoria subjetivista, também denominada teoria dos direitos adquiridos, que tem como importante defensor o italiano Carlo Francesco Gabba. Esta teoria leva em conta os efeitos dos fatos jurídicos sobre as pessoas⁶¹ e toma em consideração as consequências jurídicas que se produzem relativamente aos sujeitos que se colocam sob a incidência da lei. É, em síntese, a teoria que se define a partir do conceito de direito adquirido.⁶²

À época de Gabba, predominava a crença de que a retroatividade da lei seria, em si mesma, uma injustiça, devendo, por conseguinte, ser aplicado o princípio absoluto da irretroatividade das leis, para solucionar os problemas relativos aos conflitos de leis no tempo.

⁵⁹ Cf. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 197.

⁶⁰ Cf. TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 261.

⁶¹ Cf. TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 69-70.

⁶² CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 109.

Gabba, em sua teoria, combate a referida crença e defende que, no conflito de leis no tempo, é perfeitamente justa a aplicação da lei nova a relações constituídas anteriormente, desde que se respeitem todos os direitos adquiridos.⁶³ Assim, o império da lei nova deve ser restrito àqueles efeitos das relações jurídicas anteriores que por sua natureza não podem se dizer verdadeiros direitos adquiridos.

Dentro desta perspectiva, esclarece Gabba, o objeto do estudo é a determinação dos casos em que a lei pode influir sobre as consequências dos fatos ou relações jurídicas anteriores sem violar direitos adquiridos, e em quais não pode fazê-lo. Assim, afirma não ser objeto do seu estudo a aplicação de leis em que a vontade do legislador expressamente determina o efeito retroativo sobre direitos anteriormente adquiridos.⁶⁴

Para Gabba, o princípio da não retroatividade das leis deveria ser resumido na ideia de que as leis não podem ser retroativas de forma a propiciar a violação de direitos adquiridos. O desrespeito a estes implicaria a existência de uma retroatividade injusta, sendo, por conseguinte, justa qualquer outra forma de ação retroativa da lei nova sobre fatos ou relações antecedentes.⁶⁵

Assim, afirma ser adquirido todo direito que: 1) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que 2) nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.⁶⁶

Destarte, depreende-se que, no direito constitucional pátrio, o direito adquirido configura-se como limite a quaisquer efeitos temporais de um novo diploma legislativo, sejam estes pretéritos, imediatos ou futuros. O direito adquirido apresenta-se, assim, na Carta Magna, como fenômeno do Direito Intertemporal.

⁶³ GABBA, C. F. *Retroattività delle leggi*. 3ª ed. Milão-Roma-Nápoles: Utet, 1891. v. 1, p. 10-11.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 44, 45.

⁶⁶ “É acquisito ogni diritto, che: a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo incui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che, b) a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato” (*Op. cit.*, p. 191).

Conclusão

O Direito Intertemporal é de grande importância para o aplicador do direito. Através do seu estudo, torna-se possível identificar o alcance do império de duas normas que se sucedem, determinando-se os limites do domínio de cada uma entre duas disposições jurídicas sobre o mesmo assunto. Regula o Direito Intertemporal a aplicação da lei no tempo, o que sempre foi considerado problema complexo da ciência do direito.

No presente artigo, concluímos que o Direito Intertemporal consiste no conjunto formado pelas normas jurídicas e proposições doutrinárias que têm por objetivo apresentar soluções ao conflito de leis no tempo. Diferencia-se da intertemporalidade jurídica, uma vez que esta é um fenômeno que se insere dentro da temporalidade jurídica e que suscita uma série de problemas e questões passíveis de serem solucionadas pelo Direito Intertemporal.

Tendo-se como ponto de referência o momento em que a lei entra em vigor, verificamos a existência de quatro categorias de fatos: os fatos passados, presentes, futuros e pendentes. Entretanto, no âmbito do Direito Intertemporal, em que o problema se restringe às consequências da mudança da legislação sobre fatos da vida real, entendemos que o que importa considerar são apenas os fatos pendentes, pois somente eles apresentam ligações tanto ao passado, quanto ao presente, tanto à lei antiga, quanto à lei nova. Tais fatos podem ser definidos como aqueles que, iniciados anteriormente à vigência da lei, se prolongam no tempo para continuarem o seu desenrolar após o início da aludida vigência, ultrapassando esse marco temporal.

No que tange às possíveis situações de comportamento da lei nova em face da lei antiga, podemos vislumbrar a retroatividade da lei nova, a imediatidade da lei nova e a ultratividade da lei antiga. Retroativa é a lei que valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início de sua própria vigência, de modo a atingir e modificar realidades fáticas já verificadas. O efeito imediato da lei nova, por sua vez, é aquele que atinge fatos e situações no exato momento temporal em que a lei entra em vigor, não importando juridicamente se tais fatos e situações remontam ou não no seu nascimento a um antigo diploma legislativo por esta nova lei substituído. Já a ultratividade da lei antiga ocorre quando, mesmo após a perda de sua vigência, a lei revogada

ainda continua a disciplinar situações no período em que a lei nova se define como vigente.

No Brasil, o Direito Intertemporal se expressa de maneira significativa no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, que dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em análise ao referido dispositivo constitucional, verificamos que, apesar de não haver menção expressa à impossibilidade de retroatividade das leis, resta implícita a ideia de irretroatividade, uma vez que o princípio da irretroatividade encontra abrigo no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.⁶⁷

Entretanto, a Constituição de 1988 não acolheu o princípio da irretroatividade ampla das leis, presente nas Constituições de 1824 e 1891, mas sim o princípio da irretroatividade restrita, que consiste na proibição de leis prejudiciais ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Neste ponto, há de se notar a influência da teoria subjetivista, também denominada teoria dos direitos adquiridos, que tem como importante defensor o italiano Carlo Francesco Gabba e prega que, no conflito de leis no tempo, é perfeitamente justa a aplicação da lei nova a relações constituídas anteriormente, desde que se respeitem todos os direitos adquiridos.

Abstract: This article is for the study of intertemporal law through its conceptualization, the approach of temporality and the intertemporal law, the distinction between events past, present, future and pending, and the clarification of the three possible scenarios of new law in the face of the old law: the retroactivity, the immediate and the ultratividade laws. It is therefore final, deal with the intertemporal law in Brazil, taking as reference the article 5, XXXVI, of the Brazilian Constitution of 1988, in order to clarify the substance of the constitutional arrangements in the light of the foundations of intertemporal law.

Key words: Intertemporal law. Phenomenon. Constitution of 1988. Article 5, XXXVI.

Referências

- AFFOLTER, Friedrich. *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*. Leipzig: Veit, 1902.
- ALVES, Moreira José Carlos. Direito adquirido. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, n. 15, p. 579-587, maio 2002.

⁶⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 473.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade: a intangibilidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GABBA, C. F. *Retroattività delle leggi*. 3ª ed. Milão-Roma-Nápoles: Utet, 1891. v. 1.

HÉRON, Jacques. *Principes du droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. *Theorie systematique des droits acquis*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904. 2 v.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentário teórico e prático da lei de introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1943. v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 91-110, abr./jun. 1988.

PACE, Gaetano. *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944.

PEIXOTO, Matos. Limite temporal da lei. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 577, p. 459-485, 1948.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 12ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 5.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

SILVA, Zélio Furtado da. *Direito adquirido: à luz da jurisprudência do STF referente ao servidor público*. São Paulo: LED, 2000.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VAREILLES-SOMMIÈRES. Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, Paris, t. XXII, 1893.